

Das Dilemma der Richterwahl

Zu den Schleswiger Entscheidungen in Sachen Bundesrichter

von Hans Peter Bull

1. „Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte.“ So steht es in Art. 33 Abs. 2 GG. Was aber bedeutet „Eignung“, „Befähigung“ und „fachliche Leistung“? Die Bundeslaufbahnverordnung enthält dazu gesetzliche Definitionen. Unter der Überschrift „Leistungsgrundsatz“ bestimmt § 1 dieser Verordnung:

„(1) Bei Einstellung, Anstellung, Übertragung von Dienstposten, Beförderung und Aufstieg der Beamten ist nur nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu entscheiden.

(2) Die Eignung umfasst die allgemeinen beamtenrechtlichen Voraussetzungen der Entscheidungen nach Abs. 1 und die zur Erfüllung der Aufgaben erforderliche Befähigung. Die fachliche Leistung ist für die Eignung zu berücksichtigen.

(3) Die Befähigung umfasst die für die dienstliche Verwendung wesentlichen Fähigkeiten, Kenntnisse, Fertigkeiten und sonstigen Eigenschaften des Beamten.

(4) Die fachliche Leistung besteht in den nach den dienstlichen Anforderungen bewerteten Arbeitsergebnissen.“

Das sind, wie leicht zu erkennen ist, höchst komplexe Maßstäbe, deren Anwendung keine schlichte Subsumtion darstellen kann, sondern eine Mehrzahl von Bewertungen voraussetzt, die ihrerseits durch die Formulierungen der Normen noch nicht eindeutig bestimmt sind. „Leistungsgrundsatz“ und „Bestenauslese“ können auf höchst unterschiedliche Weise umgesetzt werden,

ohne dass diese Unterschiede rechtlich zu beanstanden wären. Nicht nur die Bewertung der bisherigen fachlichen Leistung und die richtige Einschätzung der relevanten Eigenschaften des Beamten werfen große Probleme auf; bei Beförderungen – und um die geht es in den umstrittenen Fällen – kommt es wesentlich auch auf das „Profil“ der zu besetzenden Stelle an, also auch auf die Erwartungen der Entscheidungsträger, was die persönlichen Fähigkeiten und Charaktereigenschaften des Stelleninhabers angeht. Jeder Personalreferent weiß, dass die Prognose, wie sich jemand auf einer neuen Stelle bewähren wird, nicht allein aus den bisherigen fachlichen Leistungen und dem bisherigen Verhalten der Bewerber abgeleitet werden kann, dass man also nicht allein auf Vorkenntnisse und Erfahrungen setzen kann, sondern dass manchmal gerade Personen, die mit dem betreffenden Arbeitsfeld noch keine Berührung hatten und sich erst einarbeiten müssen, später hervorragende Leistungen erbringen und die „altgedienten“ Bewerber überragen.

2. Für die Rechtsverhältnisse der Richter im Bundesdienst gelten die Vorschriften für Bundesbeamte entsprechend (§ 46 Deutsches Richtergesetz). Über die Berufung der Bundesrichter entscheidet jedoch – anders als bei der Beförderung von Beamten – „der für das jeweilige Sachgebiet zuständige Bundesminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuss, der aus den für das jeweilige Sachgebiet zuständigen Ministern der Länder und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern besteht, die vom Bundestag gewählt werden“ (Art. 95 Abs. 2 GG). Diese Regelung bedeutet, dass die Auswahl der Richter nicht in die alleinige Zuständigkeit der Exekutive fällt, sondern die Legislative mit ihrer un-

mittelbaren Rückbindung an das Volk daran gleichgewichtig beteiligt sein soll. Die höchsten Richter sollen eine verstärkte demokratische und auch bundesstaatliche Legitimation erhalten, und die politischen Einflüsse sollen „durch Balancierung und gegenseitige Neutralisierung in ein Gleichgewicht gebracht werden“¹. Die materiell-rechtlichen Maßstäbe für die Richterauswahl, die Art. 33 Abs. 2 GG für den gesamten öffentlichen Dienst aufgestellt hat, werden nach herrschender Ansicht durch die Zuständigkeitsbestimmung des Art. 95 Abs. 2 „weder verdrängt noch modifiziert noch auf sonstige Weise rechtlich tangiert“². Aber es liegt auf der Hand, dass die ohnehin schwierige Auslese der „Besten“ noch schwieriger und noch weniger vorhersehbar ist, wenn Personen daran beteiligt werden, die anders sozialisiert sind als die Angehörigen der Exekutive oder der Justiz. Gerade wegen dieser „Außenseiter“, die nicht so denken wie die Mitarbeiter des Justizministers, die seine Entscheidungen vorbereiten, oder wie die Richter, die sich neue Kollegen vorstellen, ist die Mitwirkung des Richterwahlausschusses eingeführt worden³.

An der Richterauslese ist aber nach geltendem Recht auch die Richterschaft selbst beteiligt. Nach § 55 DRiG ist vor jeder Ernennung oder Wahl eines Richters der Präsidialrat des Gerichts, bei dem der Richter verwendet werden soll, zu beteiligen. Der Präsidialrat gibt nach § 57 Abs. 1 DRiG „eine schriftlich begründete Stellungnahme ab über die persönliche und fachliche Eignung des Bewerbers oder Richters“. Hier können nun ganz entgegengesetzte Sichtweisen zur Geltung kommen. Während von den Richterwahlausschüssen kritisch gesagt wird, sie förderten die „Politisierung der vermeintlich unpolitischen Justiz“⁴ und allgemein geklagt wird, sie

**Bei Beförderungen auch
Profil der zu besetzenden
Stelle wesentlich**

würden zum Instrument verfassungswidriger Ämterpatronage⁵, wird bei der Mitwirkung der Richter selbst die Gefahr der verfassungswidrigen Kooptation gesehen⁶. Richter wollen verständlicherweise, dass ihre Kollegen ähnlich denken und empfinden wie sie selbst, salopp gesagt, dass sie den richtigen „Stallgeruch“ haben. Revisionsrichter werden deshalb Wert darauf legen, dass die Bewerber mit dem Revisionsrecht schon vertraut sind, wenn sie in die höhere Instanz eintreten, so wie jeder Spezialist sich die Arbeit im Kollegium leichter vorstellt, wenn alle denselben Wissensstand haben. Aber so wichtig eine reibungslose Zusammenarbeit in einem Senat auch sein mag, die Auswahl darf nicht primär nach diesem Kriterium erfolgen. Die „Besten“, die zu suchen sind, kommen bisweilen aus ganz anderen Ecken, haben eine andere Lebens- und Berufserfahrung als die, die schon da sind, und davon profitieren alle. Geistige und charakterliche Nähe sind zwar gute Voraussetzungen für die Leistungsfähigkeit eines Spruchkörpers, aber von Zeit zu Zeit bedarf es noch nötiger der „Querdenker“, des „frischen Blutes“ oder wie immer wir diejenigen bezeichnen wollen, die nicht ganz in das übliche Raster passen. Deshalb können die dienstlichen Beurteilungen und präsidialrätlichen Stellungnahmen zu den einzelnen Bewerbern für den Richterwahlausschuss nicht ausschlaggebend sein. Selbst wenn die dienstlichen Beurteilungen der Konkurrenten divergieren und selbst wenn ein als Bundesrichter vorgesehener Landesrichter noch nicht im Revisionsverfahren tätig war, kann der Ausschuss nach seinen eigenen Kriterien auswählen. Die Literatur ist sich denn auch weitgehend einig, dass der Richterwahlausschuss einen breiten Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum besitzt⁷. Das folgt zum einen schon aus der Notwendigkeit, viele „weiche“ Kriterien anzuwenden, zum anderen eben aus der Funktion des Richterwahlausschusses, andere Wertvorstellungen und Erfahrungen zur Geltung zu bringen als die Ministerien.

3. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Schleswig vom 4. Juli 2001 geht

auf diese Kernfragen der Richterauswahl nicht ein. Die Kammer hat der Bundesjustizministerin die Ernennung des „unkonventionellen“ Lübecker Richters Wolfgang Nescovic zwar vorläufig untersagt, aber nicht aufgrund eines Vergleiches mit dem Konkurrenten, der das Gericht angerufen hat, sondern mit einer überraschenden Begründung:

Der Richterwahlausschuss habe seine Entscheidung nicht in einem ordnungsgemäßen Wahlverfahren getroffen. Die Kammer zieht „keinesfalls den Zweck der Richterwahl nach Art. 95 Abs. 2 GG, eine starke demokratische Legitimation der Obersten Bundesrichter zu gewährleisten, in Zweifel“; sie betont die Befugnis des Ausschusses, „Gesichtspunkte der regionalen Ausgeglichenheit nach Art. 36 GG und einer pluralen Zusammensetzung der Richterschaft unter Berücksichtigung unterschiedlich geprägter juristischer Persönlichkeiten“ zu berücksichtigen. An das Votum des Präsidialrates, wonach der Bewerber „im Hinblick auf die geringe Tätigkeit im Rechtsmittelverfahren“ zum Richter am Bundesgerichtshof „fachlich nicht geeignet“ sei, sei der Richterwahlausschuss nicht gebunden.

Das VG Schleswig nimmt jedoch Anstoß an der seit langem üblichen Praxis, dass dem Richterwahlausschuss nur diejenigen Kandidaten und Kandidatinnen vorgestellt werden, für die auch eine Stelle vorhanden ist, so dass keine Auswahl stattfindet, sondern nur zuvor geschnürte „Pakete“ beschlossen werden. Das Vorschlagsrecht steht nach § 10 Abs. 1 Richterwahlgesetz nicht nur dem zuständigen Bundesminister, sondern auch den Mitgliedern des Richterwahlausschusses zu. Der Minister könnte also nicht von sich aus die Wahlmöglichkeiten des Ausschusses beschränken, sondern die Ausschussmitglieder sind an dieser Praxis der informellen Vorauswahl beteiligt. Das alles findet ohne eine Regelung in einer Geschäftsordnung statt; es gibt auch keine Vorschriften darüber, ob und wann Wahlvorschläge zurückgezogen oder zurückgestellt werden können. Die Entscheidungen des Richterwahlauss-

schusses brauchen nach herrschender Ansicht nicht begründet zu werden⁸. Das VG Schleswig meint jedoch, der Grundsatz der Publizität und Transparenz staatlichen Handelns fordere ein Mindestmaß an Durchschaubarkeit auch für

das Verfahren des Richterwahlausschusses, und in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zur Unterrichtung unterlegener Bewerber eines beamtenrechtlichen

Auswahlverfahrens⁹ stehe dem nicht berücksichtigten Bewerber auch bei der Richterwahl ein Informationsanspruch bezüglich der Gründe zu, die zu seiner Nichtberücksichtigung geführt haben. Ein Kernsatz der Entscheidung lautet:

„Die eigentliche Auswahlentscheidung über die ursprünglich 37 Vorgeschlagenen war schon vorher getroffen worden. Mit dem verfassungsrechtlichen Ziel, eine demokratische Legitimation für die Bundesrichter zu erreichen, ist ein derartiges Verfahren nicht zu vereinbaren.“

4. Diese Kritik an der Verfahrensweise des Ausschusses ist nicht leicht auszuräumen. Sie besagt mit anderen Worten, dass ein „Wahl“-Ausschuss auch auswählen müsse und nicht einfach vorher getroffene Entscheidungen absegnen dürfe. Damit wird das informelle Verfahren gerügt, das nicht nur hier, sondern in den unzähligen anderen Zusammenhängen von politischen Gremien geübt wird. Aber gegen solche Vorabgespräche und „Pakete“ ist kein Kraut gewachsen. Würde man sie verbieten, so fänden die Beteiligten mit Sicherheit andere Möglichkeiten, sich vor dem formellen Entscheidungsteil abzusprechen, wenn sie dies denn wollen. Den Kandidaten kommt dies sogar insofern zugute, als ihre Personalien nicht im Ausschuss erörtert werden. Wenn sichergestellt ist, dass die Mitglieder des Ausschusses ihre Präferenzen in die Vorberatung einbringen können, verringern sich die Bedenken gegen die Informalität des Verfahrens wesentlich.

Die Frage, ob die Entscheidung (des Ausschusses und/oder des zuständigen

Ministers) begründet werden muss, ist von dem Transparenzproblem zu unterscheiden. Die Kammer vermischt die beiden Aspekte miteinander. Für einen Informationsanspruch über die Gründe einer Nichtberücksichtigung spricht gewiss manches. Der Vergleich mit der Berufung von Professoren liegt nicht ganz fern, jedenfalls näher als ein Vergleich etwa mit der Wahl des Bundespräsidenten oder Bundeskanzlers. Auch hier aber fragt sich, ob den unterlegenen Kandidaten damit gedient wäre; denn es ist ziemlich leicht, schlüssige Begründungen zu formulieren, ohne doch die geheimen Vorbehalte einer ablehnenden Mehrheit genau zum Ausdruck zu bringen. Solange die Abstimmungen im Ausschuss geheim sind (§ 12 Abs. 1 Richterwahlgesetz), können nur oberflächliche oder formale Begründungen gegeben werden; freilich gilt dies nicht für die zusätzlich nötige Entscheidung des Ministers/ der Ministerin. Christoph Strecker schlägt vor, wenigstens die Argumente pro und contra, die in der Sitzung ausgetauscht worden sind, zu protokollieren und später bekanntzugeben¹⁰. Dem steht aber, wie Strecker selbst einräumt, die Verschwiegenheitspflicht nach § 6 Richterwahlgesetz entgegen.

Vielleicht ist die Frage nach der Begründungspflicht ja auch müßig, weil eine Begründung dem unterlegenen Mitbewerber nichts bringen kann. Der weite Beurteilungs- oder Ermessensspielraum¹¹ verhindert einen Erfolg der Konkurrentenklage in den allermeisten Fällen. Nach einhelliger Meinung hat sich die Überprüfung darauf zu beschränken, ob der Richterwahlausschuss sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat, indem er Rechtsbegriffe verkennt, allgemeine Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachwidrige Erwägungen angestellt, einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde gelegt oder wesentliche Verfahrensvorschriften nicht beachtet hat¹². „Eine solche Konstellation erscheint bei Personalentscheidungen, die – ähnlich wie bei Wahlbeamten – in politischen Gremien mit Mehrheit und in geheimer Abstimmung getroffen werden, kaum realistisch“¹³. Was Verfahrensfehler angeht,

so ist ihre Bedeutung durch die Gesetzesänderungen zur Verfahrensbeschleunigung (§ 45 Abs. 2 und 46 VwVfG) bereits so weit minimiert, dass manche meinen, die Einhaltung des Verfahrensrechts sei inzwischen kaum noch ernsthaft gefordert. Dann leuchtet um so weniger ein, wieso Verfahrens- und Begründungsmängel gerade bei einem politischen Gremium wie dem Richterwahlausschuss zur Rechtswidrigkeit und Aufhebbarkeit der Auswahlentscheidung führen sollen.

Eine ganz andere Frage ist es wiederum, ob man sich nicht als rechtspolitische Forderung größere Transparenz bei der Benennung von Kandidaten wünschen sollte. Rudolf Wassermann, der dies im Prinzip bejaht, warnt gleichzeitig vor „jenem Exhibitionismus“, wie er bei peinlichen Befragungen im Senat der Vereinigten Staaten üblich geworden sei¹⁴. Was bei der Bewerbung von Professoren seit je unbeanstandet üblich ist – freilich dort wohl stets in einem kollegial-höflichen Ton geschieht –, bräuchte bei Richtern nicht zu unzumutbarer Inquisition oder Schnüffelei zu führen. Es steht nichts entgegen, dass wir es insofern besser machen als der amerikanische Senat; wir haben ja auch sonst andere Formen politischer Kultur. Ich fürchte nur, dass gerade eine solche Anhörung den meisten Kandidaten höchst unwillkommen wäre; man ist es als Richter nicht gewohnt, sich öffentlich selbst anzupreisen oder zu rechtfertigen. Diese richterliche Zurückhaltung sollte nicht gering geschätzt werden; das Gegenbeispiel eines sich selbst in unseriöser Weise als „Retter aus aller Not“ anpreisenden Richters und Wahlkämpfers beschäftigt in diesen Wochen die politische Szene in Hamburg.

Zurück zur rechtsdogmatischen Betrachtung: die ganze Problematik des Ausschussverfahrens ist für die Konkurrentenklage irrelevant, wenn man die Aussage des VG Schleswig, der Vorgeslagene gewinne „eine schützenswerte Rechtsposition nach Art. 19 Abs. 4

GG“, jedenfalls für die höchste Ebene, die Wahl der Bundesrichter, in Zweifel zieht. Ein Vorschlag ist keine Ernennung, so wie eine Gewinnchance kein Einkommen darstellt. Im strengen Sinne gibt es dafür auch keine Bewerbungen. Die Stellen werden nicht ausgeschrieben, und niemand hat einen Anspruch darauf, vorgeschlagen zu werden. Vor allem ist zu bedenken, dass der Entscheidungsspielraum der auswählenden Instanz bei den höchsten Ämtern – anders als bei Eingangsamtern und den zu einer Laufbahn gehörenden Beförderungen¹⁵ – notwendigerweise so groß ist, dass das subjektive Recht der Kandidaten auf ein faires Verfahren und auf fehlerfreie Ermessensausübung ins Leere greift; es besteht zwar, kann aber tatsächlich nicht wirksam werden.

Die Vorgeschlagenen werden unvermeidlich zu Objekten des Auswahlverfahrens, so wie ein Professor oder eine Privatdozentin zum Objekt eines Berufungsverfahren wird, wenn er oder sie sich beworben hat (und niemand ist bisher auf die Idee gekommen, dass darin eine unzulässige, der Menschenwürde widersprechende Erniedrigung liege). Zu den unvermeidlichen Bedingungen eines solchen Verfahrens gehört es, dass die Auswahlinstanz sich aufgrund ihrer Prioritätensetzung mit einzelnen Kandidaten genauer als mit anderen befasst; sie braucht nicht alle Bewerberinnen und Bewerber bzw. alle Vorgeschlagenen mit gleicher Intensität zu prüfen und muss nicht jedem, der auf einer Vorauswahlliste steht, die gleiche Chance einräumen.

Nachtrag: Inzwischen hat das OVG Schleswig am 15. Oktober 2001 – 3 M 34/01 – die Beschwerden gegen den Beschluss des VG Schleswig vom 4. Juli 2001¹⁶, die von der Antragsgegnerin (Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesministerium der Justiz) und dem beigeladenen Nescovic eingelegt worden waren, zurückgewiesen. Nescovic darf also weiterhin nicht zum Bundesrichter ernannt wer-

den. Der Senat, dem der (seinerseits übrigens vom Landtag gewählte) Präsident des OVG vorsitzt¹⁷, „tröstet“ die Beteiligten am Schluss mit dem Hinweis auf die im Hauptsacheverfahren mögliche Sprungrevision – aber auch wenn davon Gebrauch gemacht wird, dürfte das Hauptsacheverfahren noch viele Monate, wenn nicht Jahre dauern. Der BGH, der auf neue Kollegen wartet, dürfte darüber nicht uneingeschränkt glücklich sein.

Wie das VG umgeht auch das OVG die Entscheidung über die materielle Kernfrage der Auseinandersetzung, die konkrete Anwendung des Art. 33 Abs. 2 GG, indem es erklärt, es

„brauchte für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nicht geklärt zu werden, welche inhaltliche Bedeutung den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung bei der Vergabe des Amtes einer Richterin oder eines Richters am Bundesgerichtshof beizumessen ist, welcher Beurteilungsspielraum dem Richterwahlausschuss einerseits und der Bundesministerin der Justiz andererseits insoweit zukommt und ob – gegebenenfalls in welchem Maße – eine diesbezügliche verwaltungsgerechtliche Kontrollbefugnis besteht. Auch diese Fragen werden in praktischer Konkordanz zwischen Art. 33 Abs. 2 GG einerseits und Art. 95 Abs. 2 GG andererseits zu beantworten sein.“

Einerseits – andererseits: Das OVG gibt Steine statt Brot und verfehlt damit seine Aufgabe, einen politischen und rechtlichen Konflikt zu lösen oder jedenfalls seine Lösung so vorzubereiten, dass die Beteiligten ihn zügig beilegen können. Als Begründung für die weittragende Entscheidung bleibt wie beim VG eine Verfahrensrüge: Die „Zurückstellung“ der Kandidatur des Antragstellers bedeute, dass „eine den Antragsteller berücksichtigende personelle Auswahlentscheidung auf der Grundlage der Kriterien der Bestenaus-

lese bislang nicht getroffen“ worden sei. Auf die Teilnahme am Auswahlverfahren habe der Antragsteller aber ein subjektives Recht; dieses stehe „jedenfalls denjenigen potenziellen Kandidatinnen und Kandidaten zu, die – wie der Antragsteller – von dem zuständigen Landesministerium für die Besetzung dieses Amtes vorgeschlagen worden sind, deren (überdurchschnittliche) Eignung in der daraufhin erstellten dienstlichen Beurteilung sowie der entsprechenden Stellungnahme des zuständigen Präsidialrates festgestellt worden ist und deren Personalunterlagen einschließlich der letztgenannten Eignungsfeststellungen dem zuständigen Bun-

fehlerhaft gewesen, und dient dem Ziel, Vorabgesprächen der Ausschussmitglieder mit dem Bundesministerium auszusprechen. Was aber ist für die zurückgesetzten Kandidaten wirklich gewonnen, wenn die Vorauswahl künftig, wie das OVG es will, im Ausschuss selbst getroffen werden müsste? Dann würden die Vorschlagsberechtigten vermutlich eine informelle Vor-Vorauswahl treffen und z.B. von vornherein weniger Namen in den „Topf“ der für geeignet gehaltenen Richterinnen und Richter eingeben.

Ganz gewiss würde eine Zwischenauswahl notwendig, wenn richtig wäre, was der Senat als Möglichkeit andeutet,

dass nämlich ein „Anspruch auf eine nach den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu treffende Auswahlentscheidung“ nicht nur förmlichen Bewerbern um ein öffentliches Amt zustünde, sondern auch „potenziell Interessierten und zu Interessierenden“. Für den Fall, dass es an einer Stellenausschreibung oder einer vergleichbaren Information über ein zu besetzendes öffentliches Amt fehlt, „dürfte“ nach Ansicht des Senats „das genannte subjektive Recht sämtlichen potenziellen Kandidatinnen und Kandidaten zustehen“. Wahrlich eine originelle Rechtsschöpfung – und eine Aufforderung zu ungehemmtem Beförderungsstreben, wenn nicht auf normalem Wege, dann über die Kollegen in den Verwaltungsgerichten. Die sollten sich schon einmal auf eine Flut

Zeichnung: Franziska Rommel



desministerium zwecks Vorbereitung der maßgeblichen Sitzung des Richterwahlausschusses vorgelegt worden sind. Denn diese Kandidatinnen und Kandidaten sind bereits Beteiligte des jeweiligen Besetzungsverfahrens.“

Auch diese Entscheidung, auf deren Einzelheiten hier nicht eingegangen werden kann, überzeugt nicht. Die Feststellung, es liege gar keine Wahl vor, liegt auf derselben Linie wie die des VG, die Verfahrensweise des Ausschusses sei

zusätzlicher Konkurrentenklagen einrichten, die wahrscheinlich dann auch schon auf Aufnahme in den Kreis der „potenziellen Bewerber“ und „potenziell zu Interessierenden“ gerichtet sein dürfen ... Verschonung von solchen Prozessen kann die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur erhoffen, wenn die Schleswiger Erfindung sich nicht durchsetzt.

Noch weniger überzeugend ist es, dass der Senat aus dem angeblichen Fehler in Sachen des Antragstellers auf die Un-

zulässigkeit der Ernennung des Beigeladenen schließt. Wenn das Verfahren insgesamt rechtswidrig sein sollte, dürfte keiner der dabei gewählten Bundesrichter ernannt werden. Warum trifft die Beförderungssperre gerade den Beigeladenen? Wenn der Senat feststellt, dass der Antragsteller „im Gegensatz zu dem Beigeladenen“ ohne sachliche Rechtfertigung nicht berücksichtigt worden sei, so müsste er, wenn er seinem Ansatz treu bleiben wollte, eigentlich hinzufügen: „und im Gegensatz zu den anderen Gewählten“¹⁸ – es sei denn, er stelle doch auf die materielle Frage der Eignung und das negative Votum dazu ab, das der Präsidentsrat über Wolfgang Nesovic abgegeben hat. Eben diese Frage wollte der Senat angeblich gerade nicht entscheiden (vgl. das obige Zitat). Auch in diesem Zusammenhang begnügt sich der Senat übrigens mit der Formulierung, Ansprüche des Antragstellers „dürften“ verletzt worden sein.

Dass der Beigeladene aus demselben Bundesland stammt wie der Antragsteller, rechtfertigt es jedenfalls nicht, gerade seine Ernennung zu blockieren. Der Richterwahlausschuss ist nicht an Art. 36 GG gebunden, und selbst wenn dieser analog anwendbar wäre, ließe er genug Spielraum für unterschiedliche Interpretationen des landsmannschaftlichen Proporz.

Damit schließt sich der Kreis der Kritik: Die Schleswiger Entscheidungen verfolgen bei allen Verbeugungen vor der Auswahlbefugnis des demokratisch legitimierten Richterwahlausschusses das Ziel, eine strengere Bindung an die Beurteilung der Bewerber durch die Kollegenschaft (und speziell an die Voten ihrer Spitzenfunktionäre in Gestalt der Präsidentsräte) zu begründen¹⁹. Ihr Versuch, dem Richterwahlausschuss ein Verfahren vorzuschreiben, das entgegen dem Grundsatz der geheimen Beratung die öffentliche oder zumindest öffentlich nachvollziehbare Abwägung zwischen den Kandidaten ermöglicht, ist zum Scheitern verurteilt. Der an sich lobenswerte Gedanke, das Auswahlverfahren im Interesse der Bewerber transparenter zu machen und ihnen ein höheres Maß

an Rechtsschutz zu gewähren, lässt sich so nicht realisieren. Dies räumt sogar Bertram ein, der die Entscheidung des VG als „rechtlichen Niederschlag einer tiefen und wohlbegründeten öffentlichen Missbilligung“ versteht²⁰. Das Verfahren kann geändert werden, ohne dass dies zwingend zu Änderungen in der Sache führen wird. Der Vorwurf der Ämterpatronage wird weiter erhoben werden, und die Justiz wird weiter versuchen, die eigenen Maßstäbe gegen die der Richterwahlausschüsse durchzusetzen.

Anmerkungen:

¹ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, Band III, Art. 95 Rn. 26 mit Nachweisen in Anmerkungen 107 ff..

² Schulze-Fielitz a.a.O. Rn. 27.

³ Vgl. dazu auch Wassermann, in: AK-GG, 3. Aufl. 2001, Band 2, Art. 95 Rn. 20 ff., insbesondere 24 f.; Voßkuhle, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band III, 4. Aufl. 2001, Art. 95 Rn. 41 und Art. 98 Rn. 8 ff.

⁴ Formulierung von Wassermann a.a.O. Rn. 26.

⁵ Wassermann a.a.O. Rn. 27; Schulze-Fielitz a.a.O. (Fn. 1) Rn. 28; Voßkuhle a.a.O. (Fn. 3) Rn. 41, jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁶ Vgl. insbesondere Wassermann a.a.O. Rn. 21; s. a. H. P. Bull, ZRP 1996, 335 ff. (336 f.). Grundlegend dazu schon Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 80 ff.; s. a. Schmidt-Räntsch, Deutsches Richterrecht, 4. Aufl. 1988, Vorb. § 8 Rn. 6.

⁷ Schulze-Fielitz a.a.O. Rn. 28 m. w. N.; Voßkuhle a.a.O. Rn. 39.

⁸ BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), NJW 1998, 2592; BVerwGE 105, 89 (91 f. – Landesrichterwahlausschuss); nach Ansicht von Schulze-Fielitz a.a.O. Rn. 29 „ganz vorherrschende Meinung und Praxis“; kritisch jedoch Schulze-Fielitz selbst unter Hinweis auf Groß, ZRP 1999, 361 (364 f.).

⁹ BVerfG, NJW 1990, 501.

¹⁰ Betrifft JUSTIZ Nr. 67 (Sept. 2001) S. 134 (135).

¹¹ Vgl. diese Terminologie bei Schulze-Fielitz a.a.O. Rn. 28!

¹² Vgl. BVerwGE 105, 89 (93); s. a. BVerwGE 70, 270 (275); Wassermann (Anm. 3) Rn. 30; Schulze-Fielitz a.a.O. Rn. 29.

¹³ Schulze-Fielitz a.a.O.

¹⁴ A.a.O. (Anm. 3) Rn. 28.

¹⁵ Diesen Unterschied betont auch Achterberg, BK Art. 95 GG Rn. 268. Die Entscheidung BVerfGE 24, 268, bezog sich auf den Richterwahlausschuss nach Hamburger Recht und den von einem Bewerber geltend gemachten Anspruch auf Berufung in das Richter Verhältnis im Eingangsamt.

¹⁶ Inzwischen abgedruckt auch in NJW 2001, 3206 mit überwiegend zustimmendem Kommentar von Günter Bertram, NJW 2001, 3167 f.

¹⁷ Sein Name ist wie die Namen der beiden anderen Richter in der zur Veröffentlichung bestimmten Ausfertigung weggelassen. Dies entspricht einer Usance, die zwar fast überall gilt, trotzdem aber schlecht ist und nur vordergründig mit Datenschutz gerechtfertigt werden kann. Was den Prozessbeteiligten bei uns (anders als in anderen Ländern!) zusteht, gilt keineswegs in gleicher Weise für die Amtspersonen und insbesondere nicht für Richter, die als Personen für ihre Urteile einstehen. Wollen sich die Amtsträger der Justiz immer noch – wie zu Kaisers Zeiten – hinter der anonymen Institution „Gericht“ verbergen?

¹⁸ Folgerichtig insofern der Tenor einer Entscheidung des OVG Greifswald; darin wird dem Justizminister untersagt, „ohne vorherige Einbeziehung des Antragstellers in das Auswahlverfahren einen Mitbewerber des Antragstellers für eine Ernennung zum Präsidenten des ...-gerichts vorzuschlagen“ (NordÖR 2001, 364 [365]).

¹⁹ Zu welchen Konsequenzen die immer differenziertere dienstliche Beurteilung von Richtern im Rahmen von Konkurrentenstreitigkeiten führen kann, zeigt ein anderer Beschluss des OVG Schleswig (vom 17.8.2001, NJW 2001, 3210). Eine dreistufige Bewertungsskala reicht danach „mit Blick auf den gegebenen Differenzierungsbedarf“ nicht aus. Über mehrere Druckseiten beschäftigt sich der Senat mit der Auslegung einzelner Wörter in verschiedenen dienstlichen Beurteilungen über Bewerber für die Stelle eines Arbeitsgerichtsdirektors.

²⁰ NJW 2001, 3168.

Der Autor:

Hans Peter Bull ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Hamburg.

